

Les effets du report dans le temps de la déclaration d'inconstitutionnalité et la protection des droits fondamentaux après la question prioritaire de constitutionnalité sur la garde à vue¹

Sylvie TORCOL

Maître de conférences à la Faculté de droit de Toulon
Centre d'études et de recherche sur les contentieux (CERC)

-
- I. Le principe : le report dans le temps de la QPC sur la garde à vue afin de prévenir les atteintes à l'ordre public et préserver la « sécurité juridique »
 - A. 30 juillet 2010 : la garde à vue française est inconstitutionnelle
 - B. Octobre 2010 : la garde à vue française inconstitutionnelle et inconstitutionnelle reste en vigueur afin de préserver la sécurité juridique
 - II. Le paradoxe : le report dans le temps de la QPC sur la garde à vue fragilise la protection des droits fondamentaux
 - A. Quand le report dans le temps s'impose aux juridictions ordinaires et crée désordre et insécurité
 1. Les conclusions de nullité
 2. La recherche de cohérence par le ministère de la Justice
 - B. Gardes à vue annulées, gardes à vue confirmées : une protection des droits fondamentaux à géométrie variable en contradiction avec l'esprit de la QPC
 1. Les annulations de gardes à vue
 2. Les gardes à vue confirmées
- 15 avril 2011 : épilogue... ou nouvel épisode ?

Il paraît évident qu'un droit qui n'assurerait pas la sécurité des relations qu'il régit cesserait d'en être un. Imagine-t-on un droit qui organiserait l'insécurité, ou même qui la rendrait possible² ?

Le 1^{er} mars 2010, « la question prioritaire de constitutionnalité »³ entraine en application avec comme ambition de permettre à tout justiciable de se prévaloir d'une atteinte législative portée à ses droits ou libertés garantis par la Constitution. « Incontestablement une nouvelle

1. Je tiens à remercier tout particulièrement les magistrats du siège et du parquet du TGI de Toulon et notamment la chambre correctionnelle pour m'avoir ouvert l'accès à certains jugements ou documents qui ont alimenté très efficacement cette réflexion.
2. J. Boulouis, « Quelques observations à propos de la sécurité juridique », in *Du droit international au droit de l'intégration : Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1987, p. 53.
3. Ci-après désignée par QPC.

ère s'ouvrait»⁴, un « big bang juridictionnel »⁵ selon les termes de Dominique Rousseau, métaphore visant à souligner l'importance de cette « révolution juridique » attendue depuis longtemps en droit français. Mais comme pour toute révolution, les effets sont multiples et contrastés : effets bénéfiques d'abord, puisque ce recours permet désormais de mieux garantir la protection des droits, notamment dans le cas de dispositions législatives subsistant dans notre ordonnancement juridique et qui n'ont jamais été confrontées au contrôle de constitutionnalité (dispositions antérieures à 1958 et toujours en vigueur), ou encore les lois postérieures qui n'ont pas été déferées au Conseil constitutionnel. Effets indésirables et même imprévisibles aussi, quand on pense à la complexification des rapports de systèmes, à la concurrence entre contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité, mais aussi à la confrontation directe des effets de la QPC avec les principes de sécurité juridique ou encore de bonne administration de la justice et l'effectivité de la protection des droits fondamentaux.

Quelques semaines à peine après l'entrée en vigueur de la réforme et dès sa première décision en matière de QPC⁶, le Conseil constitutionnel va utiliser une compétence découlant du nouvel article 62 alinéa 2 : le report dans le temps de la déclaration d'inconstitutionnalité⁷. Cette modification de l'article 62 (volontairement imprécise), introduite afin de donner au Conseil constitutionnel les moyens de tirer les conséquences des éventuelles déclarations d'inconstitutionnalité sur le fondement de l'article 61-1, lui permet de fixer à une date ultérieure à sa décision les effets de l'abrogation et de déterminer les conditions et limites dans lesquelles les effets produits par la disposition législative abrogée sont susceptibles d'être remis en cause. Dans cette première décision QPC, le Conseil constitutionnel ayant censuré les dispositions contestées par les requérants, il est amené à constater que cette triple abrogation de textes récents laisserait place à d'anciennes dispositions, notamment de 1958 et 1959, qui placent les titulaires étrangers de pensions dans une situation encore plus inégalitaire. Afin de permettre au législateur de remédier à l'inconstitutionnalité constatée dans la prochaine loi de finances, il prononce l'abrogation des dispositions inconstitutionnelles au 1^{er} janvier 2011 et, afin de préserver l'effet utile de sa décision, il estime qu'il appartient, dans les instances en cours dont l'issue dépend de leur application, aux juridictions de surseoir à statuer

jusqu'à cette date et au législateur de prévoir une application des nouvelles dispositions à ces instances en cours à la date de la présente décision (cons. 12).

Le Conseil constitutionnel prend donc en compte les conséquences de l'abrogation et les adapte à l'espèce. Comme l'a expliqué Marc Guillaume⁸ devant la commission d'information parlementaire réunie en octobre 2010 afin de dresser un premier bilan de la QPC : « En cas d'inconstitutionnalité, le Conseil constitutionnel ne peut se substituer au Parlement quant aux différentes options susceptibles d'être retenues pour y remédier. Il est des cas où la décision de non-conformité se suffit à elle-même. Ainsi, à la suite de la décision n° 2010-6/7 QPC, disparaissent l'article L. 7 du Code électoral et la peine automatique qu'il instituait, d'interdiction d'inscription sur les listes électorales. Pour autant, demeure l'article 131-26 du Code pénal qui permet déjà au juge de prononcer cette sanction. Dès lors, le Parlement n'avait pas à reprendre la main. En revanche, il en allait très différemment à la suite de la décision n° 2010-1 QPC : il revient au Parlement de faire des choix à la suite de cette décision du Conseil sur la "décristallisation" des pensions, notamment s'agissant de son niveau et de son application. Le Conseil constitutionnel a donc reporté dans le temps les effets de l'inconstitutionnalité prononcée. Il en va de même dans la décision n° 2010-14/22 QPC sur la garde à vue⁹. » Le Conseil comble ainsi le vide juridique qu'il a lui-même créé.

Mais l'article 62 alinéa 2 n'en a pas fini pour autant de questionner les juristes quant aux effets du report dans le temps d'une déclaration d'inconstitutionnalité notamment au regard de la protection des droits fondamentaux. Le Conseil constitutionnel semble d'ailleurs découvrir, au fil de ses décisions, les potentialités de cet article : « Libéré du carcan dans lequel le contrôle *a priori* l'avait enfermé, le Conseil constitutionnel semble prêt à exercer ses nouvelles prérogatives, ou celles qu'il s'arroge au fil des décisions, jusqu'à leurs limites. Interdisant aux juges ordinaires d'appliquer une disposition dont il refuse lui-même de prononcer l'abrogation immédiate, commandant au législateur d'adopter des mesures rétroactives, fournissant le "mode d'emploi" des conséquences futures de ses décisions d'inconstitutionnalité alors que son pouvoir de modulation ne concerne que les effets produits par la disposition déclarée inconstitutionnelle, le Conseil constitutionnel paraît bien décidé à s'affranchir des limites posées par les dispositions de l'alinéa 2 de l'article 62 de la Constitution et à exploiter

4. D. Rousseau (dir.), *La Question prioritaire de constitutionnalité – QPC*, Paris, Lextenso Éditions, 2010, p. 3.

5. D. Rousseau, « La question préjudicielle de constitutionnalité : un big bang juridictionnel ? », *Revue du droit public*, n° 3, 2009, p. 631-634.

6. Déc. n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, *Consorts Labane*, [Cristallisation des pensions].

7. Article 62 alinéa 2 tel que résultant de la loi constitutionnelle n° 2008 du 23 juillet 2008 qui a remplacé le 1^{er} alinéa de l'article 62 par deux nouveaux alinéas. Par sa décision n° 2009-595 DC, le Conseil constitutionnel a validé, le 3 décembre 2009, la loi organique relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution qui institue la « question prioritaire de constitutionnalité ». Article 62 alinéa 2 : « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause. »

8. Secrétaire général du Conseil constitutionnel.

9. Assemblée nationale, *Rapport d'information n° 2838 sur l'évaluation de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, présenté par M. Jean-Luc Warsmann, 5 octobre 2010.

toutes les virtualités de son nouveau pouvoir. Mais s'il est des virtualités heureuses, il en est d'autres dangereuses¹⁰... »

Et les conséquences du report dans le temps des décisions ne sont pas encore toutes mesurables. Par exemple, alors que le Conseil constitutionnel a toujours refusé de consacrer explicitement le principe de « sécurité juridique »¹¹, certains auteurs n'hésitent pas à déduire de la rédaction de l'article 62 alinéa 2 « la prise en compte constitutionnelle »¹² des principes de sécurité juridique et de confiance légitime tels qu'ils sont mis en œuvre par les juridictions européennes. Et même si le Conseil semble vouloir maintenir en vigueur une jurisprudence ancienne¹³ affirmant « qu'aucune règle constitutionnelle ne garantit un principe dit de confiance légitime », la motivation d'une décision QPC du 6 octobre 2010¹⁴ a, semble-t-il, ouvert une première brèche en faisant expressément référence au principe de sécurité juridique pour reporter l'abrogation de l'article censuré : « l'abrogation immédiate de cet article aurait, pour la *sécurité juridique*¹⁵, des conséquences manifestement excessives ; que, dès lors, il y a lieu de reporter au 1^{er} juillet 2011 la date de son abrogation pour permettre au législateur de remédier à l'incompétence négative constatée »¹⁶ ; référence qu'il a soigneusement évité d'utiliser par la suite.

Mais si les impératifs liés à la sécurité juridique l'emportent finalement face à la censure immédiate de la loi, là encore, les conséquences de ces reports dans le temps ne sont pas uniformes et sans doute pas totalement maîtrisées. La jurisprudence développée par le Conseil constitutionnel s'efforce de préciser progressivement l'usage et les conséquences des pouvoirs de modulation dans le temps de l'effet abrogatoire qui lui ont été octroyés par l'article 62. Le bilan de la jurisprudence, depuis le 1^{er} mars 2010, peut être résumé ainsi : pour le Conseil constitutionnel, il s'agit d'abord de faire en sorte que la décision d'inconstitutionnalité bénéficie aux requérants ayant provoqué l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité et aux justiciables qui avaient un contentieux en cours¹⁷. Mais cela n'est pas toujours possible, notamment dans l'hypothèse où il est nécessaire d'adopter une législation nouvelle destinée à se substituer à celle déclarée

inconstitutionnelle. Dans ce cas, le Conseil constitutionnel entend logiquement différer les effets de l'inconstitutionnalité pour laisser au Parlement le temps de voter une nouvelle loi, comme il l'a fait, on l'a vu, s'agissant de la décrystallisation des pensions, et comme il l'avait fait, sans habilitation textuelle, dans le cadre de la procédure de l'article 61 à propos de la loi sur les OGM. Il demande alors aux juridictions concernées, « afin de préserver l'effet utile de la [...] décision à la solution des instances [...] en cours, [...] de surseoir à statuer jusqu'à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi ou, au plus tard, jusqu'au [date] dans les instances dont l'issue dépend de l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles et, d'autre part, au législateur de prévoir une application des nouvelles dispositions à ces instances en cours à la date de la présente décision »¹⁸.

Si cette demande semble légitime pour préserver à la fois la sécurité juridique et l'intérêt des justiciables (à condition toutefois que le législateur se conforme aux délais imposés par le Conseil), elle n'est cependant pas possible dans certains cas de report. La matière pénale en général et la procédure pénale en particulier se prêtent difficilement à cette solution. C'est pourtant à cette délicate question que se sont trouvés confrontés les sages de la rue Montpensier dès l'été 2010. La décision QPC du 30 juillet relative à la garde à vue a révélé les failles d'un système que l'on pensait pourtant plus protecteur des droits fondamentaux. Dès l'annonce de cette décision, les commentaires furent partagés entre ceux qui y voyaient une grande victoire, voire « un coup de tonnerre »¹⁹ (la garde à vue à la française était désormais déclarée inconstitutionnelle), et ceux, beaucoup plus circonspects, qui ne retinrent de la décision que son report au 1^{er} juillet 2011. La garde à vue, inconstitutionnelle, devrait composer avec les impératifs de sécurité juridique au détriment d'une protection des droits fondamentaux immédiate que le justiciable était pourtant en droit d'attendre *a fortiori* et très paradoxalement lorsque cette même garde à vue était depuis longtemps jugée inconventionnelle par la Cour européenne des Droits de l'homme (I). Au final, ce sont les juges ordinaires (et notamment les tribunaux correctionnels) qui se

10. P. Deumier et P. Puig, « Le Conseil constitutionnel et la modulation dans le temps des décisions QPC », *Revue trimestrielle de droit civil, Chroniques*, n° 3, juillet-septembre 2010, p. 520.

11. Voir, en ce sens, F. Luchaire, « La sécurité juridique en droit constitutionnel français », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 11, 2001, p. 67-69, et notamment l'introduction où l'auteur affirme : « La sécurité juridique est un élément de la sûreté. À ce titre, elle a son fondement dans l'article 2 de la déclaration de 1789 qui place la sûreté parmi les droits naturels et imprescriptibles de l'homme au même titre que la liberté, la propriété et la résistance à l'oppression. »

12. A. Borzeix, « La question prioritaire de constitutionnalité : quelle confiance légitime, quelle sécurité juridique ? », *Revue du droit public*, n° 4, 2010, p. 986.

13. Déc. n° 96-385 DC du 30 novembre 1996, *Journal officiel* du 31 décembre 1996, p. 19557, cons. 14 et 18, *Rec.*, p. 145.

14. Déc. n° 2010-45 QPC du 6 octobre 2010, *M. Mathieu P.*

15. Nous soulignons.

16. Déc. n° 2010-45 QPC du 6 octobre 2010.

17. Voir notamment les déc. n° 2010-6/7 QPC du 11 juin 2010, à propos de l'article L. 7 du Code électoral, ou n° 2010-10 QPC du 2 juillet 2010, à propos de la composition des tribunaux maritimes commerciaux. Dans cette dernière décision, le Conseil n'hésite pas à « combler » le vide juridique qu'il a lui-même créé en supprimant les tribunaux maritimes commerciaux, en les « ressuscitant » dans une composition nouvelle à compter de la date de publication de la décision. Il s'agit d'une interprétation très large et audacieuse de l'article 62 alinéa 2 puisque le Conseil choisit de ne pas faire appel au législateur.

18. Déc. n° 2010-83 QPC du 13 janvier 2011.

19. *Le Monde*, 30 juillet 2010.

sont trouvés confrontés à une situation juridique extrêmement complexe les obligeant à gérer eux-mêmes « le transitoire » avec comme conséquence une protection des droits fondamentaux à géométrie variable (II).

I. Le principe : le report dans le temps de la QPC sur la garde à vue afin de prévenir les atteintes à l'ordre public et préserver la « sécurité juridique »

Le 30 juillet 2010, la décision du Conseil relative à la constitutionnalité de la garde à vue française intervient dans un contexte particulier. Depuis plusieurs années, la France sait que son régime de garde à vue est incompatible avec le droit de la Convention tant dans son principe que dans ses modalités : plusieurs arrêts de la Cour EDH ont déjà fait débat²⁰ en ce qu'ils exigent l'assistance effective d'un avocat lors de la garde à vue – ce qui n'est manifestement pas le cas lorsque l'avocat n'a pas accès au dossier et ne peut assister aux interrogatoires.

Alors que la jurisprudence de la Cour européenne est appliquée au sein de certains tribunaux (cinq gardes à vue sont annulées par le tribunal correctionnel de Paris en janvier 2010 sur le fondement du droit de la Convention et notamment son article 6 § 1 et 3²¹), certains refusent de l'appliquer. D'ailleurs, dès mars 2010, la revue *Droit pénal* consacre un dossier à ce délicat problème dans lequel un magistrat et un avocat analysent ce qu'ils n'hésitent pas à définir comme « une crise grave de la garde à vue »²² et à témoigner de l'insécurité juridique qui en résulte.

C'est donc sans surprise qu'au mois de juin 2010, les premières QPC concernant la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des articles 62, 63, 63-1, 63-4, 77 et 706-73 du Code de procédure pénale (CPP) relatifs au régime de garde à vue sont transmises par la Cour de cassation au Conseil constitutionnel²³. La position française sur la garde à vue qui n'est d'ores et déjà plus tenable d'un point de vue conventionnel doit être examinée du point de vue de sa conformité à la Consti-

tution. La décision QPC du 30 juillet 2010 va « condamner » la garde à vue à la française mais reporte dans le temps les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité au 1^{er} juillet 2011 avec, comme conséquence, que les mesures prises avant cette date ne pourront être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité afin de préserver la sécurité juridique et laisser le temps au législateur d'intervenir (A). Mais la décision du Conseil constitutionnel ne va pas rester isolée : le 19 octobre 2010, la Cour de cassation déclare la garde à vue française non conforme au droit européen après que la France a été condamnée par la Cour EDH le 14 octobre pour violation des règles du procès équitable prévues par l'article 6 de la Convention²⁴ (B). Au nom des impératifs de sécurité juridique, les procédures de garde à vue vont alors faire l'objet d'appréciations jurisprudentielles totalement erratiques souvent au détriment de la protection des droits fondamentaux...

A. 30 juillet 2010 : la garde à vue française est inconstitutionnelle

Revenons en juillet 2010 et à la « fameuse » décision QPC sur la garde à vue. Le juge constitutionnel considère (et c'était attendu !) que les articles 32, 63, 63-1, alinéas 1^{er} à 6, et 77 du Code de procédure pénale (CPP) sont contraires à la Constitution : l'absence d'assistance effective d'un avocat dès la première heure de garde à vue et la non-notification à l'intéressé de son droit de garder le silence portent atteinte à l'exercice des libertés constitutionnellement garanties. À un détail près : le considérant 30 de la décision va permettre de moduler dans le temps les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité. Le raisonnement du Conseil est le suivant et il mérite d'être rapporté en intégralité : « Considérant, d'une part, que le Conseil constitutionnel ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation de même nature que celui du Parlement ; qu'il ne lui appartient pas d'indiquer les modifications des règles de procédure pénale qui doivent être choisies pour qu'il soit remédié à l'inconstitutionnalité constatée ; que, d'autre part, si, en principe, une déclaration d'inconstitutionnalité

20. Notamment *Saldut c. Turquie*, 27 novembre 2008, Gr. Ch., et *Dayanan c. Turquie*, 13 octobre 2009.

21. Jugement tribunal correctionnel de Paris, 12^e chambre, 2^e section, affaire n° 0815530244 du 28 janvier 2010. Voici des extraits de la motivation employée aux fins de constater la nullité de la garde à vue sur le fondement du droit européen : « La Cour européenne des Droits de l'homme a elle-même décidé, à plusieurs reprises, que la législation française était incompatible avec les dispositions de la Convention européenne. Elle l'a, parmi maints exemples, décidé ainsi le 14 décembre 1999 dans l'affaire *Khalfaoui contre France* où elle a fait prévaloir l'article 6-1 de la Convention européenne sur l'article 583 du Code de procédure pénale français, déclarant déchu de leurs pourvois les condamnés à une peine d'emprisonnement d'une durée de plus d'un an qui ne s'étaient pas "mis en état" (fait écrouer) la veille du jugement ou qui n'en avaient pas obtenu la dispense. Il est totalement indifférent que les décisions de la Cour européenne des Droits de l'homme intervenues en matière de garde à vue et rappelées précédemment, n'aient concerné que la Turquie ou la Russie. Les principes dégagés par cette jurisprudence ne se limitent évidemment pas au pays concerné par l'espèce. [...] »

Il appartient au juge français dont la mission essentielle, énoncée par la Constitution, est d'être le gardien de la liberté individuelle, de faire respecter les principes du procès équitable, notamment dans cette composante essentielle que sont les droits de la défense.

Il lui appartient également de faire prévaloir la Convention européenne – d'application directe en droit national – sur la loi française ainsi que la Cour de cassation, reprenant des jurisprudences dégagées par les juridictions de première ou de seconde instance, le pratique couramment. Ainsi la chambre criminelle, le 12 novembre 1990, s'agissant du droit de se constituer partie civile d'une personne morale étrangère, a fait prévaloir les articles 6-1 et 14 de la Convention européenne, 1^{er} et 5 de son protocole additionnel, et 55 de la Constitution française sur la loi française du 30 mai 1957. »

22. A. Marion et M. Hass, « Tandis que les gardes à vue explosent, la garde à vue implose », *Droit pénal. Dossier*, n° 3, mars 2010, p. 11.

23. QPC posée par M. Daniel W. et 35 autres requérants.

24. CEDH, 5^e section, 14 octobre 2010, *Brusco c. France*, req. n° 1466/07.

doit bénéficier à la partie qui a présenté la question prioritaire de constitutionnalité, l'abrogation immédiate des dispositions contestées méconnaîtrait les objectifs de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions et entraînerait des conséquences manifestement excessives ; qu'il y a lieu, dès lors, de reporter au 1^{er} juillet 2011 la date de cette abrogation afin de permettre au législateur de remédier à cette inconstitutionnalité²⁵ ; que les mesures prises avant cette date en application des dispositions déclarées contraires à la Constitution ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité,

DÉCIDE :

Article 1^{er}. Les articles 62, 63, 63-1 et 77 du Code de procédure pénale et les alinéas 1^{er} à 6 de son article 63-4 sont contraires à la Constitution.

Article 2. La déclaration d'inconstitutionnalité de l'article 1^{er} prend effet le 1^{er} juillet 2011 dans les conditions fixées au considérant 30. »

Ce considérant n'est pas resté isolé. Un rapide bilan des 7 décisions de non-conformité avec « effet différé » rendues à ce jour permet de démontrer que le Conseil a utilisé cinq fois cette motivation²⁶ : tant que le législateur n'est pas intervenu, les justiciables ne peuvent pas bénéficier de cette déclaration d'inconstitutionnalité. Dans les deux décisions restantes, le Conseil estime « qu'afin de préserver l'effet utile de la [...] décision à la solution des instances actuellement en cours, il appartient, d'une part, aux juridictions de surseoir à statuer jusqu'à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi²⁷ ou, au plus tard, jusqu'au [date] dans les instances dont l'issue dépend de l'application des dispositions déclarées inconstitutionnelles et, d'autre part, au législateur de prévoir une application des nouvelles dispositions à ces instances en cours à la date de la présente décision »²⁸.

Dans le cadre du report dans le temps, le Conseil est confronté à plusieurs problèmes : en premier lieu, il doit se soucier de l'effet utile de ses décisions. C'est pourquoi, il est amené à préciser que la déclaration d'inconstitutionnalité peut être invoquée dans les instances qui sont en cours à cette date et dont l'issue dépend de l'application de la disposition déclarée inconstitutionnelle. Ensuite, il doit protéger la sécurité juridique alors même qu'il évitait de faire appel à ce principe jusqu'alors²⁹. Pour cela, il utilise plusieurs techniques : il abroge immédiatement

la disposition, comme dans sa décision du 2 juillet 2010 sur la composition des tribunaux maritimes en comblant lui-même le vide juridique créé (sans faire appel au législateur), ou encore il reporte à une date ultérieure l'entrée en vigueur de plusieurs mois en demandant (ou pas) aux juges de surseoir à statuer durant la période. La première alternative, utilisée une seule fois, a logiquement exposé le Conseil aux critiques récurrentes de « législateur bis ». « Le Conseil constitutionnel s'est-il trompé de Constitution ? », s'interroge la doctrine « à propos de ce que devrait être la modulation dans le temps des effets de ses décisions »³⁰ en condamnant l'interprétation « déraisonnable » de l'article 62 qui conduit le Conseil à réécrire la loi (en l'occurrence le Code disciplinaire et pénal de la marine marchande) : « il ne se contente pas de mettre fin à une législation existante ; il ne met pas le législateur en face de ses responsabilités, lui accordant un délai de quelques mois pour adopter un nouveau dispositif, il substitue sa propre version de l'article 90 du Code à celle du Parlement »³¹.

Ce qui est alors reproché au Conseil, c'est de se comporter en « législateur provisoire » en déterminant le droit intermédiaire applicable.

C'est dans ce contexte qu'intervient, quelques jours plus tard, la décision QPC sur la garde à vue... On peut, dès lors, raisonnablement penser que les critiques assez vives qu'ont essuyées les sages, quelques jours avant, ont eu des conséquences sur cette décision. En effet, et alors même que le sujet est extrêmement sensible, le Conseil constitutionnel censure le régime de droit commun de la garde à vue mais donne pratiquement un an au législateur pour modifier le Code de procédure pénale sans pour autant prévoir de mesures transitoires. « Ce grand écart temporel créant inévitablement un vide normatif »³², les mesures prises avant cette date en application des dispositions déclarées contraires à la Constitution ne peuvent être contestées sur le fondement de cette inconstitutionnalité. Mais « en différant la prise d'effet de sa décision, le Conseil place les justiciables dans une position aberrante, [...] qui signifie que les personnes qui ont indirectement saisi le Conseil ne bénéficieront pas de sa décision et que la Constitution peut continuer à être impunément violée pendant onze mois au détriment de centaines de milliers d'autres ! »³³.

Des commentaires identiques ont inondé la presse et une partie de la doctrine a très largement relayé ces

25. Nous soulignons.

26. Déc. n° 2010-71 QPC du 26 novembre 2010, M^{lle} Danielle S. [*Hospitalisation sans consentement*], report de 9 mois. Déc. n° 2010-45 QPC du 6 octobre 2010, M. Mathieu P. [*Noms de domaine Internet*], report de 10 mois. Déc. n° 2010-32 QPC du 22 septembre 2010, M. Samir M. et autres [*Retenue douanière*], report de 9 mois.

27. Nous soulignons.

28. Déc. n° 2010-83 QPC du 13 janvier 2011, M. Claude G. [*Rente viagère d'invalidité*] et déc. n° 2010-1 QPC du 28 mai 2010, Consorts Labane [*Cristallisation des pensions*].

29. Voir ci-dessus la note 15 et les développements associés.

30. J. Boudon, « Le Conseil constitutionnel s'est-il trompé de Constitution ? », *La Semaine juridique. Édition générale*, n° 40, octobre 2010, p. 1825-1827.

31. *Ibid.*, p. 1826.

32. P. Deumier et P. Puig, « Le Conseil constitutionnel et la modulation dans le temps des décisions QPC », p. 519.

33. Communiqué de presse du Syndicat de la magistrature, « Gardes à vue contraires aux libertés fondamentales ; le ciel ne peut pas attendre », 3 août 2010. Le communiqué se poursuit ainsi : « D'abord, le Syndicat de la magistrature considère que la sauvegarde des libertés ne saurait souffrir de tels attermoissements tactiques. C'est pourquoi il invite l'ensemble des magistrats à continuer d'appliquer la Convention européenne des Droits de l'homme pour censurer sans attendre les gardes à vue qui violent les libertés fondamentales. »

critiques : comment expliquer au justiciable que la garde à vue dont il fait (ou a fait) l'objet est inconstitutionnelle mais qu'elle continuera malgré tout à s'appliquer ? Évidemment, l'abrogation différée peut se comprendre : d'abord parce que les impératifs de sécurité juridique sont encore plus sensibles dans ce domaine particulier qu'est la procédure pénale. L'application immédiate de la censure aurait conduit à remettre en liberté de nombreux « gardés à vue » sur une question de procédure alors même que les infractions reprochées (crimes ou délits) étaient fondées, ce qui aurait porté une atteinte manifestement excessive à l'ordre public. Ensuite, parce que le Conseil rappelle de façon constante qu'il ne peut se substituer au législateur (même si la décision du 2 juillet semble contredire en partie cette position de principe). Pourtant, en l'espèce, l'application différée sur plusieurs mois (11 exactement) paraît très critiquable. « Elle crée une situation baroque »³⁴, un « malaise constitutionnel [dans une] période schizophrénique »³⁵ qui auraient pu et dû être anticipés. Dominique Rousseau et Julien Bonnet affirment que « donner six mois au législateur pour remédier à l'inconstitutionnalité paraîtrait un délai plus convenable »³⁶. On peut toutefois émettre des réserves sur ce report dans le temps « sec », quelle que soit sa durée au regard de la protection des droits fondamentaux. C'est d'ailleurs ce que dénoncent les mêmes auteurs, en regrettant que le Conseil n'ait pas défini un régime transitoire applicable jusqu'au 1^{er} juillet 2011³⁷... ce qui aurait évité, à n'en pas douter, les conséquences regrettables qui ont suivi et notamment après que la Cour EDH et la Cour de cassation se sont prononcées dans un sens identique.

B. Octobre 2010 : la garde à vue française inconstitutionnelle et inconstitutionnelle reste en vigueur afin de préserver la sécurité juridique

Paradoxalement et dans un premier temps, les constitutionnalistes ont semblé se satisfaire de la solution dégagée par le Conseil dans sa décision sur la garde à vue. Si l'on se réfère aux auditions de certains d'entre eux lors du rapport d'information de l'Assemblée nationale en date du 5 octobre 2010 sur l'évaluation de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application

de l'article 61-1 de la Constitution³⁸, la situation n'est certes pas parfaite mais le « vide juridique » a été évité³⁹. Bertrand Mathieu conclut d'ailleurs son audition en ces termes : « [...] aucune réforme ne me semble nécessaire, d'autant que le problème est réglé par la Constitution. Il est évident, s'agissant de la garde à vue, qu'un certain nombre de justiciables se verront appliquer des dispositions inconstitutionnelles, mais c'est toujours le cas lorsqu'une inconstitutionnalité est prononcée. Nous sommes amenés à envisager l'application des lois dans le temps, et une déclaration ne peut pas toujours être rétroactive. Ce dispositif n'est sans doute pas parfait. Ce qui est certain, c'est que le Conseil constitutionnel a essayé de créer un équilibre entre deux exigences constitutionnelles que sont, d'une part, la sécurité matérielle et juridique, et d'autre part, le respect des droits des justiciables⁴⁰. »

C'était sans compter avec la suite des événements qui a largement contribué à complexifier la situation et à fragiliser une telle position...

Depuis des mois, la garde à vue est très encadrée par la Cour EDH : sans qu'il soit besoin de revenir sur deux arrêts largement commentés, le prévenu a droit à l'assistance d'un avocat dès les premiers stades de l'interrogatoire de police (*Salduz c. Turquie*, 27 novembre 2008, Gr. Ch.) ou dès le moment du placement en garde à vue (*Dayanan c. Turquie*, 13 octobre 2009) ; la Cour tendant aujourd'hui « à considérer que l'absence d'un avocat lors de la garde à vue a « irrémédiablement nui au droit de la défense » alors même que la procédure ultérieure a garanti les droits de la défense (*Salduz*). Enfin, une législation qui fait obstacle de manière systématique à l'assistance d'un conseil lors de la garde à vue est contraire à l'article 6 »⁴¹.

Une jurisprudence constante depuis lors⁴² dont la France se devait de tenir compte... mais qui rencontra tant de résistances devant les juridictions françaises, qu'en novembre 2009, le bâtonnier de Paris⁴³ demanda à l'ensemble des avocats de soulever la nullité de toutes les procédures de garde à vue du fait de leur contrariété à l'article 6 § 1 de la Convention européenne des Droits de l'homme, en précisant à la presse : « Depuis les deux arrêts en question, toutes les gardes à vue qui ont lieu aujourd'hui en France sont illégales, sont des voies de fait, et seront donc annulées, je l'espère, par les tribunaux français si la justice française se ressaisit, et seront en tout cas condamnées par Strasbourg. »⁴⁴ Mais pour le ministère de la Jus-

34. D. Rousseau et J. Bonnet, *L'essentiel de la QPC. Mécanisme et mode d'emploi. Commentaires des principales décisions*, Paris, Gualino – Lextenso Éditions (Les Carrés), 2011, p. 110.

35. *Ibid.*

36. *Ibid.*

37. *Ibid.*, p. 99.

38. Présenté par le député Jean-Luc Warsmann.

39. Assemblée nationale, *Rapport d'information n° 2838 sur l'évaluation de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, 5 octobre 2010, audition de Marc Guillaume, secrétaire général du Conseil constitutionnel, p. 98 sq.

40. *Ibid.* Audition de Bertrand Mathieu, p. 73.

41. F. Sudre, *Droit européen et international des Droits de l'homme*, 10^e édition, Paris, PUF (Droit fondamental), 2011, p. 470-471.

42. À deux reprises, la Cour européenne a sanctionné l'absence de l'avocat en garde à vue : 24 septembre 2009, *Pishchlanikov c. Russie*, req. n° 7025/04 ; 19 novembre 2009, *Kolesnik c. Ukraine*, req. n° 17551/02.

43. Christian Charrière-Bournazel, entretien à *France Info*, 17 novembre 2009.

44. Christian Charrière-Bournazel, *Nouvelobs.com*, 21 novembre 2009.

tice, l'arrêt de la Cour EDH « condamne la Turquie, et non la France. Or, la Turquie n'a pas du tout le même système judiciaire que la France »⁴⁵. « L'avocat est présent dès la première heure de la garde à vue en France, explique Guillaume Didier, porte-parole du ministère. La Cour EDH évoque l'assistance et l'accès à un avocat, elle n'exige pas sa présence permanente ni pendant les interrogatoires »⁴⁶. Or, ce début de « fronde des avocats », relayé par quelques tribunaux correctionnels, va très vite se transformer en véritable imbroglio juridique par la jurisprudence conjuguée du Conseil constitutionnel d'abord, de la Cour EDH ensuite, et de la Cour de cassation enfin. Et si l'on veut bien mettre la focale sur ces arrêts, on en arrive à cette situation ubuesque pour le justiciable français : le 30 juillet 2010, la garde à vue française est déclarée inconstitutionnelle, le 14 octobre (*Brusco c. France*), la France est condamnée à l'unanimité par la Cour EDH qui estime que certaines dispositions relatives à la garde à vue violent le droit à un procès équitable tel que prévu à l'article 6 (§ 55) et le 19 octobre, trois arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation, statuant en formation plénière, jugent que certaines règles actuelles de la garde à vue ne satisfont pas aux exigences de l'article 6 de la Convention EDH telles qu'interprétées par la Cour européenne... MAIS « Attendu que, toutefois, l'arrêt n'encourt pas la censure, dès lors que ces règles de procédure ne peuvent s'appliquer immédiatement à une garde à vue conduite dans le respect des dispositions législatives en vigueur lors de sa mise en œuvre, sans porter atteinte au principe de *sécurité juridique et à la bonne administration de la justice*⁴⁷; [...] ces règles prendront effet lors de l'entrée en vigueur de la loi devant, conformément à la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010, modifier le régime juridique de la garde à vue, ou, au plus tard, le 1^{er} juillet 2011 »⁴⁸.

Dans un communiqué relatif à ces arrêts⁴⁹, la Cour de cassation ajoute que « La chambre criminelle considère que ces arrêts ont aussi pour but de sauvegarder la sécurité juridique, principe nécessairement inhérent au droit de la Convention EDH. Ils assurent enfin la mise en œuvre de l'objectif de valeur constitutionnelle qu'est la bonne administration de la justice, laquelle exige que soit évitée une application erratique, due à l'impréparation, de règles nouvelles de procédure ».

Pour beaucoup, la situation juridique est alors claire : la garde à vue française, inconstitutionnelle et inconstitutionnelle, continuera à s'appliquer jusqu'au 1^{er} juillet 2011 afin de protéger la sécurité juridique. Or, non seulement

les arrêts de la Cour de cassation n'ont pas mis un terme aux interrogations sur le droit applicable à la garde à vue durant cette période transitoire mais au contraire, et c'est un paradoxe, la période va s'ouvrir sur un véritable « désordre juridique » qui s'illustrera (de façon problématique) devant les tribunaux correctionnels par une protection des droits fondamentaux à géométrie variable.

II. Le paradoxe : le report dans le temps de la QPC sur la garde à vue fragilise la protection des droits fondamentaux

Afin d'appréhender tous les éléments du problème, il convient de préciser les différents points de vue en présence afin de les confronter. Le 14 octobre 2010, après l'arrêt de la Cour EDH, l'horizon juridique concernant la garde à vue semble clair pour le Syndicat de la magistrature qui affirme, dans un communiqué de presse publié le jour même sur son site⁵⁰ : « à compter d'aujourd'hui, toute audition d'une personne en garde à vue qui serait effectuée sans qu'elle ait été mise en mesure d'être assistée de son avocat ne pourrait qu'être considérée comme contraire aux exigences de l'article 6 de la CEDH. Les magistrats nationaux, qui sont les premiers juges de la Convention, appliqueront cet arrêt avec d'autant moins de réserves qu'il est la déclinaison française d'une jurisprudence très établie ».

Cette interprétation logique de la supériorité du droit européen est d'ailleurs largement relayée par la doctrine qui résume ainsi la situation inédite créée par le report dans le temps de la QPC sur la garde à vue confronté à la condamnation européenne postérieure de la France : « [...] si la Cour européenne des Droits de l'homme n'hésite pas ici à sanctionner des faits régis par le droit français en vigueur en 1999, *a fortiori*, tel sera aussi le cas pour les procédures pénales qui se déroulent actuellement sous l'empire d'un droit ainsi maintenu "sous perfusion" et en fin de vie. La décision du Conseil constitutionnel n'est donc, du point de vue conventionnel et comme l'on pouvait s'en douter, aucunement un obstacle à l'application immédiate de ces droits de la défense. Au-delà même du contentieux des gardes à vue en France, la solution strasbourgeoise confirme surtout que l'on ne saurait faire l'économie d'une réflexion sur ce régime constitutionnel de l'organisation du transitoire qui, une fois encore, pose la question de l'articulation entre exigences conventionnelles et exigences constitutionnelles »⁵¹.

45. Voir <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2009/11/18/nullite-des-gardes-a-vue-en-labsence-de-lavocat-des-le-debut-de-celle-ci-cedh-27-novembre-2008-salduz-c-turquie-cedh-13-octobre-2009-dayanan-c-turquie/>, consulté le 14 mars 2011.

46. A. Salles, « Les avocats contestent la légalité de la garde à vue », *Le Monde*, 19 novembre 2009.

47. Nous soulignons.

48. Cass. crim., 19 octobre 2010 (10-82.902), n° 5699.

49. Voir le site de la Cour de cassation : http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_criminelle_578/arrets_rendus_17837.html, consulté le 16 mars 2011.

50. « Garde à vue à la française : ça sent le sapin... », communiqué de presse publié le 14 octobre 2010 sur le site du Syndicat de la magistrature : <http://www.syndicat-magistrature.org/Garde-a-vue-a-la-francaise-ca-sent.html>, consulté le 20 mars 2011.

51. N. Hervieu, « Garde à vue et droit au silence : un utile rappel d'une jurisprudence classique qui ne devrait pas laisser le gouvernement français de marbre (CEDH, 14 octobre 2010, *Brusco c. France*) », 14 octobre 2010, consultable sur <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr>, mars 2011.

Évidemment, le 19 octobre, la Cour de cassation se trouve dans une situation inédite⁵² : elle rappelle les principes européens, conclue à l'inconventionnalité de la garde à vue mais opère la validation finale des procédures, en se retranchant derrière la sécurité juridique et la décision de report dans le temps du Conseil constitutionnel. Ces arrêts marquent, à n'en pas douter, la volonté des magistrats de la Cour de cassation d'éviter une situation juridiquement ingérable. Toute autre décision que celle adoptée aurait en effet ouvert la porte à des annulations massives des procédures en cours, conduisant potentiellement à la libération de milliers de personnes incarcérées⁵³. Mais la situation conduit à renverser la hiérarchie des normes et fait primer la loi sur le traité pendant toute la durée de cette période transitoire.

D'ailleurs, à partir de cette date, le droit applicable aux gardes à vue va être « interprété » très différemment selon les acteurs juridiques ou politiques ; donnant lieu à des résistances de tout bord : frondes des barreaux, opposition des parquets, mises au point par circulaires du ministère de la Justice (A)... avec pour conséquence des tribunaux correctionnels en plein doute et une protection des droits des « gardés à vue » incertaine (B).

A. Quand le report dans le temps s'impose aux juridictions ordinaires et crée désordre et insécurité

On l'a vu, dès 2009⁵⁴, les avocats mènent « une véritable guérilla juridique » et déposent des conclusions de nullité de gardes à vue sur le fondement de la violation du droit de la Convention, suivis par certains tribunaux correctionnels : les premières annulations surviennent à Bobigny⁵⁵

mais aussi à Nancy⁵⁶. Le 28 janvier 2010, c'est le tribunal correctionnel de Paris qui annule cinq gardes à vue⁵⁷, une annulation collective inédite en France, au motif que les avocats ne pouvaient exercer convenablement les droits de la défense au regard des normes européennes.

Forts de ces premières victoires, et confortés par l'arrêt *Brusco*, certains barreaux français ou syndicats d'avocats vont alors mettre en ligne des modèles de conclusions de nullité de gardes à vue destinés à faire prévaloir le droit européen et ce, malgré le report dans le temps exigé par le Conseil constitutionnel le 30 juillet 2010 (1). Le ministère de la Justice, alerté, tentera de mettre fin à « l'application disparate dans certaines juridictions des dispositions du Code de procédure pénale relatives à l'accès à un avocat pour la personne gardée à vue »⁵⁸ mais sans succès (2).

1. Les conclusions de nullité

Les conclusions de nullité⁵⁹, déposées *in limine litis*, développent un raisonnement en plusieurs temps qui vise à faire sanctionner par le juge du fond, le non-respect des prérogatives de l'avocat en garde à vue et le droit de garder le silence sur le fondement du droit européen : *dans un premier temps*, les avocats rappellent la compétence du juge judiciaire pour contrôler la conventionnalité de la loi pénale. L'article 55 de la Constitution établit la supériorité des traités régulièrement ratifiés sur les lois nationales ; la Convention EDH est donc applicable en droit interne et a une valeur juridique hiérarchiquement supérieure à celle de la loi nationale. Elle est de plus d'applicabilité directe.

L'application d'une loi non conforme à un traité ou une convention régulièrement ratifiée doit par conséquent être écartée par le juge interne au profit du texte international.

52. C'est d'ailleurs ce qu'elle affirme dans son communiqué précité : « La chambre criminelle s'est trouvée face à une situation juridique inédite : une non-conformité à la Convention européenne des Droits de l'homme de textes de procédure pénale fréquemment mis en œuvre et par ailleurs en grande partie déclarés inconstitutionnels, dans le cadre du contrôle *a posteriori* du Conseil constitutionnel, cette déclaration ayant un effet différé dans le temps ».

53. Voir le communiqué de presse de l'Union syndicale des magistrats en date du 19 octobre 2010 sur son site : http://www.union-syndicale-magistrats.org/web/upload_fich/travaux/communiques/communiqu_gav_octobre_2010.pdf, consulté le 2 mars 2011.

54. À la suite notamment des arrêts *Saldüz c. Turquie*, 27 novembre 2008, Gr. Ch., et *Dayanan c. Turquie*, 13 octobre 2009.

55. Jugement tribunal correctionnel de Bobigny, 17^e chambre, affaire n° 0936405033 du 30 novembre 2009.

56. Cour d'appel de Nancy, 4^e chambre, affaire n° 09/01766 du 19 janvier 2010 : « il y a lieu toutefois de dire, en vue de satisfaire à la norme selon laquelle les restrictions à la possibilité d'avoir immédiatement accès à un avocat, lorsque des raisons impérieuses les justifient, ne doivent pas indûment préjudicier aux droits découlant pour l'accusé de l'article 6 de la Convention, que lesdits procès-verbaux des déclarations des prévenus recueillies au cours de la garde à vue seront écartés des débats ».

57. Jugement tribunal correctionnel de Paris, 12^e chambre, 2^e section, affaire n° 0815530244 du 28 janvier 2010. M^e Patrice Spinosi, avocat à la Cour de cassation et au Conseil d'État, est en pointe dans ce combat contre le système actuel de garde à vue. Dans un entretien au journal *Libération*, le 22 décembre 2010, il se réjouit de cette décision du tribunal de Bobigny : « Je trouve cela sain qu'il y ait des résistances. Il faut provoquer un débat. Ce genre de décisions montre bien qu'il y a un problème, que le débat n'est pas clos. Après, cela reste symbolique. Une décision de même nature a été déjà rendue le 2 décembre dernier par le tribunal correctionnel de Charleville-Mézières. Là, le tribunal de Bobigny a regroupé les décisions et les médias en ont fait l'écho ».

58. Circulaire CRIM-PJ, n° 09-519-H11, prise par la directrice des Affaires criminelles et des Grâces pour la ministre de la Justice et des Libertés, 4 novembre 2010.

59. Elles varient dans le détail selon les barreaux ou les syndicats mais sont très similaires. Le raisonnement proposé reprend les conclusions les plus à jour, notamment celles de la Fédération nationale des unions des jeunes avocats, consultables sur http://www.fnuja.com/GARDE-A-VUE-Modele-de-Conclusions-aux-fins-de-Nullite_a1383.html, mars 2011. Nous renverrons également aux conclusions disponibles sur le site du barreau de Toulon : <http://avocats-toulon.fr/documents/ExempleCCLGAV.pdf>, mars 2011. Voir également le site du Syndicat des avocats de France qui met en ligne « un kit garde à vue » avec des conclusions de nullité mais également toutes les dernières jurisprudences (décisions de nullité ou de rejet de nullité des gardes à vue), consultable sur http://www.lesaf.org/index.php?option=com_flexicontent&view=items&cid=45:information&id=319:kit-garde-a-vue-et-annexes-actualise&Itemid=136, mars 2011.

Dans un second temps, il est soutenu, qu'en application des articles 6 § 1 et 6 § 3 de la Convention EDH, les personnes gardées à vue doivent bénéficier du droit à l'assistance d'un avocat dès la première audition, sauf restriction exceptionnelle fondée sur d'impérieux motifs d'espèce, l'application des dispositions de l'article 63-4 du Code de procédure pénale devant être écartée en ce qu'elles feraient échec à ce droit. Au soutien de cette affirmation, les arrêts de la Cour *Salduz c. Turquie* (27 novembre 2008), *Dayanan c. Turquie* (13 octobre 2009) et surtout *Brusco c. France* (14 octobre 2010) sont rappelés et commentés : « La Cour rappelle que le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination et le droit de garder le silence sont des normes internationales généralement reconnues qui sont au cœur de la notion de procès équitable. Ils ont notamment pour finalité de protéger l'accusé contre une coercition abusive de la part des autorités et, ainsi, d'éviter les erreurs judiciaires et d'atteindre les buts de l'article 6 de la Convention (voir, notamment, *Bykov c. Russie* [Gr. Ch.], n° 4378/02, § 92, 10 mars 2009, et *John Murray*, § 45). Le droit de ne pas s'incriminer soi-même concerne le respect de la détermination d'un accusé à garder le silence et présuppose que, dans une affaire pénale, l'accusation cherche à fonder son argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou des pressions, au mépris de la volonté de l'accusé (voir, notamment, *Saunders c. Royaume-Uni*, 17 décembre 1996, § 68-69, *Recueil*, 1996-VI, *Allan c. Royaume-Uni*, n° 48539/99, § 44, CEDH, 2002-IX, *Jalloh c. Allemagne* [Gr. Ch.], n° 54810/00, § 94-117, CEDH, 2006-IX, et *O'Halloran et Francis c. Royaume-Uni* [Gr. Ch.], n° 15809/02 et 25624/02, § 53-63, CEDH, 2007-VIII). La Cour rappelle également que la personne placée en garde à vue a le droit d'être assistée d'un avocat dès le début de cette mesure ainsi que pendant les interrogatoires, et ce *a fortiori* lorsqu'elle n'a pas été informée par les autorités de son droit de se taire (voir les principes dégagés notamment dans les affaires *Salduz c. Turquie* [Gr. Ch.], n° 36391/02, § 50-62, 27 novembre 2008, *Dayanan c. Turquie*, n° 7377/03, § 30-34, 13 octobre 2009, *Boz c. Turquie*, n° 2039/04, § 33-36, 9 février 2010, et *Adamkiewicz c. Pologne*, n° 54729/00, § 82-92, 2 mars 2010) »⁶⁰.

Or, bien que l'inconventionnalité des dispositions actuelles régissant la procédure de garde à vue ait été relevée par la chambre criminelle de la Cour de cassation dans les trois arrêts du 19 octobre 2010, celle-ci a cru pouvoir reporter dans le temps l'effet de son constat.

Selon les conclusions déposées, cette interprétation ne pourra pas être suivie et cela pour plusieurs raisons :

Pour des raisons de droit interne tout d'abord : il n'est pas possible pour la Cour suprême d'énoncer une interdiction générale de statuer pour le futur, de prohiber l'ap-

plication immédiate du droit. Dès lors, ces arrêts sont des « arrêts de principe » ou « arrêts de règlement », prohibés par l'article 5 du Code civil : « il est fait défense aux juges de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises » et la propre jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation⁶¹.

Pour des raisons de hiérarchie des normes ensuite : en effet, le juge judiciaire est tenu, en application de l'article 55 de la Constitution, d'écarter le droit national contraire aux traités internationaux et ce, depuis l'arrêt *Jacques Vabre*⁶².

Enfin, il est reproché à la Cour de cassation d'avoir fondé sa décision de report dans le temps des nouvelles règles de garde à vue sur les principes de sécurité juridique et de bonne administration de la justice alors qu'il n'apparaît pas possible de soutenir que le principe de sécurité juridique, dégagé par la Cour EDH comme un corollaire du droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention, puisse venir justifier que les garanties découlant de cet article même soient écartées pour l'avenir et pendant une période pouvant aller jusqu'au 1^{er} juillet 2011. D'ailleurs, François Luchaire définit la notion de sécurité juridique comme étant « la garantie des droits »⁶³.

S'agissant de la notion de bonne administration de la justice, notion floue qui ne connaît pas de définition précise en droit français et dont la valeur juridique n'est fixée par aucun texte ni aucune jurisprudence, il ne pourra pas non plus être soutenu que la balance des intérêts en présence puisse entraîner la limitation des droits garantis par l'article 6 de la Convention EDH. En effet, donner un effet différé dans le temps à un constat de violation des dispositions de l'article 6 précité, s'agissant de la procédure de garde à vue, revient à priver les justiciables des-dits droits et garanties.

Les arrêts rendus le 19 octobre 2010 par la chambre criminelle de la Cour de cassation ne portent donc, par conséquent, pas atteinte à la légitime exigence de prévisibilité à laquelle la Cour EDH s'attache pour moduler les effets dans le temps d'un revirement de jurisprudence. Ainsi, la notion de sécurité juridique ne saurait s'opposer à l'application pleine et effective des droits garantis par la Convention EDH. Au contraire, un tel effet différé est source d'insécurité juridique, au sens d'atteinte aux droits. Par suite, le tribunal ne pourra que tirer toutes les conséquences de l'inconventionnalité des règles applicables à la garde à vue et annuler ladite mesure et tous les actes qui en découlent⁶⁴.

Devant le désordre occasionné par cette résistance des avocats et les jurisprudences divergentes des tribunaux correctionnels qui suivirent, le ministère de la Justice tenta de réagir.

60. Cité dans le modèle de conclusions sur le site de la Fédération nationale des unions de jeunes avocats : http://www.fnua.com/GARDE-A-VUE-Modele-de-Conclusions-aux-fins-de-Nullite_a1383.html, mars 2011.

61. Cass. crim., 18 juillet 1991, *Bull. crim.*, n° 301, p. 758.

62. Cass., chambre mixte, 24 mai 1975, n° 73-13556, *Dalloz*, 1975, p. 497.

63. F. Luchaire, « La sécurité juridique en droit constitutionnel français », consultable sur http://www.conseilconstitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/secjur.pdf, mars 2011.

64. Raisonement repris dans le modèle de conclusions de nullité de « garde à vue » sur le site du Syndicat des avocats de France.

2. La recherche de cohérence par le ministère de la Justice

La directrice des Affaires criminelles et des Grâces, par la voie de deux circulaires datées des 30 juillet et 19 octobre 2010, va d'abord indiquer à tous les magistrats français que « les procédures d'enquête judiciaire en cours et celles qui seront diligentées jusqu'au 1^{er} juillet 2011 devront être réalisées conformément aux dispositions du Code de procédure pénale en vigueur jusqu'à cette date » et qu'il « conviendra de veiller à la prise en compte de ces décisions dans tous leurs aspects, y compris ceux relatifs à leur application dans le temps, le cas échéant en envisageant en lien avec [sa] direction l'exercice de voies de recours ».

Puis, le 4 novembre 2010, une nouvelle circulaire⁶⁵ est adressée « pour attribution » aux parquets et « pour information » aux présidents de cours d'appel et de tribunaux de grande instance. Il est demandé aux parquets de veiller à l'application stricte des articles 62, 63, 63-1 et 77 et 63-4 du Code de procédure pénale en vue d'éviter que soient apportés des droits « variables » en fonction des ressorts territoriaux. La circulaire demande aux procureurs d'organiser « rapidement » des réunions avec notamment les responsables des services et unités d'enquête pour leur exposer ces instructions. « Afin de préserver la sécurité juridique des procédures pénales et de garantir l'égalité des justiciables devant la loi, il m'apparaît particulièrement nécessaire de rappeler, d'une part, les termes de la décision n° 2010-14/22 du 30 juillet dernier du Conseil constitutionnel et, d'autre part, ceux des trois arrêts de la Cour de cassation du 19 octobre suivant, relatifs à la conformité des dispositions des articles 63-4 et 706-88 du Code de procédure pénale avec l'article 6 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales », précise la directrice des Affaires criminelles et des Grâces.

La circulaire indique par ailleurs que, « dans l'attente du vote et de l'entrée en vigueur de cette future loi, il importe de souligner qu'une application hétérogène des principes rappelés par le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation créerait une rupture d'égalité entre les justiciables en termes d'application de la loi, norme, par définition, de portée générale.

En effet, dans ce cas, chaque juridiction, selon sa propre conception des droits de la défense, accorderait aux personnes gardées à vue des droits variables dont l'étendue serait déterminée à discrétion. Une telle situation, peu compatible avec le sens de la décision du Conseil constitutionnel et des arrêts de la Cour de cassation précités, serait source de confusion dans l'application du principe du respect des droits de la défense dont les modalités doivent être définies par le législateur exclusivement. Elle ne pourrait, en outre, qu'être la source d'un profond sentiment d'injustice ressenti par les personnes gardées à vue

qui, bien que placées dans des situations similaires, se verraient traitées différemment selon la juridiction saisie, voire au sein de la même juridiction ».

Dans ses explications, le ministère ne fait aucune référence au droit européen. Or, c'est précisément sur la base de l'inconventionnalité de cette circulaire qu'un référé-liberté va être déposé devant le Conseil d'État⁶⁶. Outre l'inconventionnalité, les arguments soulevés sont les suivants : la procédure pénale relève du domaine exclusif de la loi. Dans ce contexte, c'est en contradiction manifeste avec l'article 34 de la Constitution, que la directrice des Affaires criminelles et des Grâces demande au parquet de donner des instructions visant à restreindre ces droits.

D'autre part, motivant ce référé sur la base de l'illegalité interne, le requérant, M. David A., fait valoir que la circulaire, présentée comme une simple circulaire interprétative demandant le respect de la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010 et des arrêts de la chambre criminelle du 19 octobre 2010, va en réalité bien au-delà de cette demande. En effet, selon ce dernier, dans la décision QPC précitée, « le Conseil constitutionnel applique la faculté qui lui est ouverte par l'article 62 de la Constitution l'autorisant à différer l'abrogation d'une loi qui lui est contraire. Cependant, il n'interdit aucunement aux officiers de police judiciaire d'étendre les droits des gardés à vue, ni n'autorise le ministère de la Justice pendant la période transitoire à restreindre les droits pouvant être accordés à ceux-ci ».

Au-delà, cette modulation est dictée par « l'objectif de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs des infractions et le fait qu'une abrogation non différée "entraînerait des conséquences manifestement excessives". Or, aucun objectif de cette nature ou risque de conséquences excessives ne justifierait le fait d'écarter ou de différer le contrôle de la conformité de cette circulaire à la Constitution. Il faut, de plus, noter que la circulaire, dépassant les seules prescriptions du Code de procédure pénale, ne saurait être regardée comme une mesure prise en application de ces dispositions ».

Quant à l'arrêt de la chambre criminelle du 19 octobre 2010, il fait application d'une faculté d'origine inconnue : en effet, la Cour de cassation s'autorise à différer l'application d'un traité, alors même que l'article 55 de la Constitution dispose que « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois ». Cette décision ne pouvait avoir ni pour objet, ni pour effet d'interdire le respect des normes conventionnelles visées. Il en va de même concernant le contrôle de la conventionnalité de la circulaire : en application de l'article 54 de la Constitution, la Convention EDH doit être appliquée et se voit reconnaître valeur supra-législative. Elle prime donc sur la circulaire. Le 15 novembre 2010⁶⁷, le Conseil d'État va rejeter

65. Circulaire CRIM-PJ, n° 09-519-H11, non publiée.

66. Référé-liberté du 8 novembre 2010 devant le Conseil d'État contre la circulaire CRIM-PJ, n° 09-519-H11 pour M. David Van der Vlist.

67. CE, ordonnance de référé, n° 344231, 15 novembre 2010. Inédit au *Recueil Lebon*.

la requête pour défaut d'urgence... laissant les magistrats résoudre « au cas par cas » les demandes de nullité de garde à vue déposées devant leurs tribunaux.

B. Gardes à vue annulées, gardes à vue confirmées : une protection des droits fondamentaux à géométrie variable en contradiction avec l'esprit de la QPC

Devant cet imbroglio juridique, ce sont finalement les juges du fond qui vont devoir décider du sort réservé à la garde à vue pendant cette période de quelque onze mois allant jusqu'au 1^{er} juillet 2011. « La Chancellerie pouvait parfaitement, sans attendre une réforme du Code de procédure pénale, prendre toutes dispositions afin que les droits des gardés à vue, tels qu'ils sont garantis par la Constitution et la Convention EDH, soient effectivement respectés. En particulier, elle pouvait inviter les parquets [...] à adopter des pratiques propres à assurer cette effectivité. Au lieu de quoi, la direction des Affaires criminelles et des Grâces s'est contentée d'émettre, sous forme de dépêches, des commentaires de décisions empreints de mauvaise foi et d'inconséquence »⁶⁸.

C'est en ces termes que s'exprime le Syndicat de la magistrature qui met en ligne « une contre-circulaire » destinée à indiquer « ce qui peut et, selon nous, doit être mis en œuvre *dès maintenant* pour garantir l'effectivité des droits des personnes gardées à vue »⁶⁹ et qui invite les magistrats à faire vivre ces droits dans leurs pratiques conformément à la mission constitutionnelle de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle.

Devant l'afflux des conclusions de nullité de gardes à vue déposées devant eux, les tribunaux correctionnels vont se trouver confrontés à une situation juridique inédite dont l'enjeu est d'importance : il en va, en effet, de la protection des droits fondamentaux des « gardés à vue » mais également de la sécurité juridique. Or, c'est précisément et paradoxalement pour la préserver, que les effets dans le temps de la QPC sur la garde à vue ont été reportés. Et pourtant... La fin de l'année 2010 va démontrer que la situation est intenable.

Aux exceptions de nullité des gardes à vue, les juges correctionnels vont répondre par des jurisprudences

discordantes, inacceptables pour les justiciables. Dans certains TGI, les réponses apportées varient selon les compositions de jugements : gardes à vue annulées sur le fondement du droit européen (1), gardes à vue confirmées sur le fondement des jurisprudences conjuguées du Conseil constitutionnel et de la Cour de Cassation ou encore sur la base d'une conciliation des droits (sécurité juridique et droits de la défense) (2)⁷⁰.

1. Les annulations de gardes à vue

Les annulations de gardes à vue (ou des procès-verbaux d'audition et des actes dont ils sont le support⁷¹) sur le fondement du droit de la Convention EDH sont très nombreuses et largement motivées par les juges du fond⁷². Là encore, il convient de reprendre le raisonnement du juge correctionnel⁷³ : après avoir rappelé la décision du Conseil et les arrêts de la Cour de cassation mais également les circulaires ministérielles, le tribunal considère que ces différentes jurisprudences « ont dans les faits la possibilité intrinsèque et par syllogisme de priver tout juge du siège d'un pouvoir d'appréciation ». Les attendus suivants vont avoir pour objet de rappeler que « cette décision et ces arrêts n'empêchent nullement tout justiciable de faire valoir une exception *in limine litis*, compensant l'impossibilité désormais de soulever, à l'occasion d'une audience et par acte séparé, une question prioritaire de constitutionnalité. L'exception conduit tout d'abord à apprécier de manière habituelle la validité des actes accomplis durant la garde à vue sous le seul angle des articles du CPP applicables à ce jour (par exemple, TGI Toulouse, 13 novembre 1994, *BICC*, 1994, § 12), et cette exception ne saurait en soi, ensuite, priver le même justiciable de se référer à la Convention européenne et la jurisprudence y rattachée, le tout en invoquant, au surplus, la Constitution qui consacre ces droits et dont la protection est assurée par toute la magistrature, dont l'égalité devant la loi ». Le jugement souligne « l'aporie juridique qui conduirait, le cas échéant, à considérer un gardé à vue protégé sur la base unique d'articles du Code pénal invalidés depuis juillet 2010 quelques heures avant l'application de la future loi et celui arrêté et placé en garde à vue peu de temps après la mise en application de la nouvelle loi (avec donc le droit de garder le silence), que la discrimination

68. Voir sur le site du Syndicat de la magistrature, une « contre-circulaire » mise en ligne le 21 octobre 2010 : http://www.syndicat-magistrature.org/IMG/pdf/Contre-circulaire_garde_a_vue.pdf, mars 2011.

69. Syndicat de la magistrature, « Contre-circulaire sur la garde à vue », <http://www.syndicat-magistrature.org/Contre-circulaire-sur-la-garde-a.html>, mars 2011.

70. Voir en ce sens : A. Marion et M. Hass, « Tandis que les gardes à vue explosent, la garde à vue implose », notamment p. 11 où les deux auteurs confirment qu'« au sein d'une même juridiction, telle chambre peut estimer les gardes à vue irrégulières alors que telle autre chambre, voire telle autre section de la même chambre les considérera comme régulières. Au sein des "irrégularistes", l'harmonie n'existe pas pour autant ».

71. Dans ce cas, rien n'empêche le juge de se prononcer sur le fond du dossier au motif que : « la garde à vue et les procès-verbaux d'audition et de perquisition annulés ne sont pas le support nécessaire des poursuites ».

72. Les arrêts sont très nombreux. Nous citerons pour exemple les plus récents : tribunal correctionnel de Lille, n° 5796/10, 25 octobre 2010 ; tribunal correctionnel de Nancy, n° 3122/10, 3 novembre 2010 ; tribunal correctionnel de Colmar, n° 1713/10, 18 novembre 2010 ; tribunal correctionnel de Grenoble, n° 2695/JB/DA, 24 novembre 2010 ; tribunal correctionnel de Charleville-Mézières, n° 1567/10, 2 décembre 2010 ; CA Versailles, n° 470, 26 novembre 2010 (la cour d'appel relève « l'application directe de la CEDH, le caractère impératif des normes qu'elle comporte et de la nature des faits de l'espèce » qui invalide « l'argument tiré de la nécessité d'assurer le principe de sécurité juridique et de bonne administration de la justice en repoussant l'application de ces règles à la modification du régime de la GAV qui doit intervenir au plus tard le 1^{er} juillet 2011 »).

73. Résumé des attendus du tribunal correctionnel de Colmar, n° 1713/10, 18 novembre 2010.

potentielle est évidente, que si la Cour de cassation a dans la forme proscrit la possibilité pour le juge du fond l'annulation d'une garde à vue sur le défaut de notification du droit de garder le silence (arrêts du 19 octobre 2010), elle ne prive nullement le magistrat d'analyser tous actes accomplis préservant ou non les droits fondamentaux constituant le dossier qui lui est soumis – ce qui est le cas en l'espèce –, qu'il s'évince en conséquence que tous actes faisant grief, tel est le cas pour ce droit susvisé, par référence à l'arrêt CEDH *Brusco* requête 1466/07 du 14 octobre 2010, reprise par l'arrêt *Katritsch c. France* du 4 novembre 2010 (avec certes une admission partielle de la requête à raison de l'attitude bien négative du requérant), doivent être écartés sur le seul fondement de la valeur supérieure d'un texte de droit international adopté par la France (entre autres : décisions CEDH 71-44 du 16 juillet 1971 [considérant 2], 73.51 du 27 décembre 1973 [considérant 2], 99-42 J du 16 décembre 1999 [considérant 24], 06-543 du 30 novembre 2006 [considérant 4]), par principe de la hiérarchie des normes, que le fait de ne point "porter atteinte au principe de la sécurité juridique et à la bonne administration de la justice" (circulaire du 19 octobre 2010), dans la réalité un ordre public dont on sait qu'il ne peut plus servir d'argument à la détention provisoire (sauf le cas du trouble exceptionnel et persistant à l'ordre public, en matière criminelle seule, et hors toute pression médiatique – article 144, 7° du CPP), ne saurait en conséquence prévaloir, qu'ainsi la mesure de garde à vue doit être annulée et les actes subséquents ».

Certains juges n'hésitent pas à motiver les annulations en faisant usage du droit comparé. C'est notamment le cas du jugement du tribunal correctionnel de Charleville-Mézières⁷⁴ qui, après avoir rappelé dans ses premiers attendus, qu'aucun arrêt de la Cour de cassation n'a jamais auparavant expressément fixé une date future d'entrée en vigueur de sa jurisprudence et que la Cour EDH n'a jamais fait le constat de la violation d'un droit fondamental tout en indiquant parallèlement qu'elle n'en tirait pas, pour le moment, de conséquence, par souci de préserver la sécurité juridique d'un État; après avoir également relevé « qu'appliquer la technique du différé conduirait à reconnaître un pouvoir normatif à la Cour de cassation, contraire au principe de séparation des pouvoirs et à l'article 5 du Code civil prohibant les arrêts de règlements » et « qu'en outre, "l'exception de sécurité juridique" est incompatible avec les principes d'effet direct du droit conventionnel, de droit au recours effectif de l'article 13 de la Convention EDH et de droit immédiat à une interprétation de la loi interne conforme à la jurisprudence européenne (article 46 Convention EDH) », le tribunal va également analyser la position de la Cour suprême de Grande-Bretagne : « la Cour suprême de Grande-Bretagne, confrontée à un problème proche de celui de la France, en matière de garde à vue en Écosse, a estimé que la Cour

européenne n'entendait en aucun cas priver les citoyens d'un effet immédiat et même rétroactif de la protection de la Convention européenne (*Cadder v. Her Majesty's Advocate – Respondent Scotland*, 26 octobre 2010) ».

Le tribunal correctionnel rappelle également que la Cour suprême s'est livrée à une étude minutieuse de la situation de la France et de ses décisions jusqu'aux arrêts du 19 octobre 2010 (§ 97) pour retenir la solution opposée, *au visa du principe de la suprématie du droit* (§ 4) : le respect immédiat de la jurisprudence de la Cour européenne s'impose au regard de l'autorité de ses arrêts et des procédures d'exécution y afférentes, qui requièrent toutes les adaptations d'ordre général nécessaires, y compris par la jurisprudence nationale. Cet impératif est expressément formulé par la Cour elle-même et par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, organe d'exécution des arrêts.

Le juge du fond va jusqu'à reprendre dans sa motivation les commentaires du Conseil de l'Europe concernant « l'exécution des arrêts de la Cour EDH »⁷⁵ qui explique que : « Dans de nombreux cas, le problème général à l'origine de la violation [d'un arrêt de la Cour européenne] ne tient pas à une contradiction manifeste entre la loi interne et la Convention, mais réside dans la jurisprudence des tribunaux, dans l'interprétation habituelle qu'ils donnent aux dispositions internes et à la Convention. *C'est alors un changement de jurisprudence dans le sens indiqué par la Cour qui permet d'assurer l'exécution de l'arrêt*⁷⁶. Lorsque les tribunaux, dans les affaires individuelles qui leur sont soumises, adaptent automatiquement leurs positions juridiques et leur interprétation du droit national aux exigences de la Convention telles qu'elles se dégagent des arrêts de la Cour, ils assortissent ces arrêts d'un effet direct dans leur droit interne ».

Évidemment, et en conformité avec les circulaires ministérielles, les parquets vont faire appel de ces jugements, reprenant les arguments déjà développés pendant les audiences : aucune violation des articles 63, 63-1 et 63-4 du Code de procédure pénale n'est alléguée, et *a fortiori* justifiée ; les dispositions légales en vigueur au jour de la garde à vue ne faisaient pas obligation aux officiers de police judiciaire de notifier à l'intéressé le droit de se taire ; ni l'article préliminaire du Code de procédure pénale, ni l'article 6 de la Convention EDH, dont découlent des principes directeurs inhérents à la procédure pénale, ne mentionnent expressément le droit de se taire ; le gardé à vue n'étant pas contraint au sens de l'article 6-1 de la Convention EDH de faire des déclarations l'incriminant, et par conséquent aucune nullité n'est encourue ; les arrêts de la Cour EDH n'ont, en tant que tels, de force obligatoire qu'à l'égard de l'État condamné ; mais surtout, les jurisprudences concordantes du Conseil constitutionnel et de la Cour de cassation ont reporté au 1^{er} juillet 2011 la réforme de la garde à vue afin de préserver la sécurité

74. Tribunal correctionnel de Charleville-Mézières, n° 1567/10, 2 décembre 2010.

75. Consultable sur http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/Presentation/About_fr.asp#P14_356, avril 2011.

76. Nous soulignons.

juridique des procédures pénales et de garantir l'égalité des justiciables devant la loi, et ces jurisprudences doivent être respectées.

2. Les gardes à vue confirmées

Deux réponses jurisprudentielles différemment motivées vont permettre de confirmer les procédures de garde à vue. La plus simple rappelle « qu'il convient [...] pour le juge répressif français de se conformer à la période de transition érigée par le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation jusqu'au 1^{er} juillet 2011 pour permettre au législateur français de réformer son système de procédure pénale relatif au régime de la garde à vue » et aboutit évidemment au rejet de toutes les exceptions de nullité déposées *in limine litis*. La seconde est beaucoup plus révélatrice du « malaise » des juges. Devant l'insécurité juridique liée à la possibilité de jurisprudences divergentes devant les mêmes TGI, certains magistrats ont cherché « une solution juridique tenable » jusqu'au 1^{er} juillet 2011, solution qui tiendrait compte à la fois des impératifs européens mais également de la situation inédite née de cette période de transition. Là encore, la motivation va être très soigneusement construite : le juge va d'abord rappeler⁷⁷ que « la Cour de cassation s'est [...] démarquée du Conseil constitutionnel en s'appuyant pour légitimer ce laps de temps transitoire notamment sur un principe général d'une valeur supérieure à celle du bloc de constitutionnalité, en l'occurrence un principe communautaire fonctionnel : le principe de sécurité juridique ; qu'il faut comprendre par là que la survie de l'ensemble des procédures concernées par une garde à vue est la seule possibilité de préserver ce principe supérieur de sécurité juridique, lequel est le seul à pouvoir permettre d'assurer une stricte égalité de traitement entre les justiciables ; qu'autrement dit, l'essence même de cette période transitoire voulue par les juges français est d'éviter que les justiciables ne soient victimes d'un traitement différent selon le tribunal correctionnel saisi et sa perception de la prévalence des droits de la défense sur tous autres ; que cela n'altère en rien le discrédit jeté par ces derniers (qu'ils soient judiciaires, administratifs ou constitutionnels) qui ont d'ores et déjà pu apprécier, depuis plusieurs décennies, la méconnaissance du droit européen induite par le législateur français qui a pensé le régime de la garde à vue ».

Puis, il va « neutraliser » l'exception de nullité de la garde à vue en conciliant « principe de sécurité juridique et droit à un procès équitable » : « [...] il ressort ainsi de cette jurisprudence communautaire constante et de la jurisprudence européenne que le principe de sécurité juridique est aussi fondamental que celui des droits de la défense et du droit à un procès équitable consacré par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de

l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 ; qu'en quelque sorte, le principe de sécurité juridique est nécessairement inhérent au droit de la Convention EDH, c'est en tout état de cause en ces termes que la Cour européenne des Droits de l'homme l'a qualifié dans un arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979 ; qu'en cela, le droit communautaire au respect duquel sont astreints les États membres de l'Union européenne et partant, leurs juges nationaux, relaie le droit français prononcé par ses trois plus hautes institutions judiciaires que sont : le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État et la Cour de cassation ; qu'en effet, le Conseil constitutionnel reconnaît, dans une décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, une valeur constitutionnelle à l'objectif « d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi » ; qu'il réaffirme ce principe à l'occasion de l'examen de la loi de finances pour 2006 : dans sa décision n° 2005-530 DC du 29 décembre 2005 ; que le Conseil d'État, qui en fait déjà application dans l'exercice de ses fonctions consultatives, consacre le principe de sécurité juridique dans une décision du 24 mars 2006 *Société KPMG et autres* ;

Que partant, le tribunal correctionnel ne peut se voir reproché d'avoir violé l'article 55 de la Constitution en n'écartant pas l'application du droit national contraire aux traités internationaux, dès lors qu'il a utilisé pour neutraliser une exception de nullité fondée sur des principes de droit européen (droit à un procès équitable, droit à la liberté et à la sûreté, droits de la défense...), *un autre droit de même origine, de même nature et ostensiblement de même valeur (la sécurité juridique)* »⁷⁸.

Enfin, l'arrêt va rappeler qu'il convient pour le juge répressif français de se conformer à la période de transition imposée par le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation et que par ailleurs, « une telle période transitoire n'a rien de particulièrement exceptionnel en droit communautaire dès lors que la CJCE, dont le pouvoir de modulation dans le temps des décisions de justice a trouvé aujourd'hui un fondement textuel dans l'article 231 du traité instituant la Communauté européenne, affirme se réserver la possibilité de ne tirer des conséquences d'une interprétation nouvelle à laquelle elle se livre qu'à compter d'une date déterminée, cela, « à titre exceptionnel » et pour « d'impérieuses considérations de sécurité juridique ». Et « qu'elle ne l'est pas davantage en droit français n'étant que l'usage d'une faculté ouverte au juge constitutionnel par l'article 62 alinéa 2 de la Constitution, lequel dispose qu'« une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 (de la Constitution) est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause » ».

77. Tribunal correctionnel de Toulon, n° D169/11, 18 janvier 2011.

78. Nous soulignons.

Qu'en définitive et pour l'ensemble de ces raisons, il y a lieu de rejeter purement et simplement l'exception de nullité dans toutes ses déclinaisons».

On comprend évidemment l'utilité d'une telle motivation qui contient finalement plusieurs « messages » : le premier est une volonté de ne rien sacrifier ; ni la primauté du droit européen, rappelée et commentée, ni la jurisprudence interne qui justifie le report dans le temps de la réforme de la garde à vue par un impératif de sécurité juridique. Le second est sans doute le souci d'une bonne administration de la justice : une telle jurisprudence adoptée par l'ensemble des magistrats dans une même juridiction met, en principe⁷⁹, fin aux exceptions de nullité des gardes à vue. Mais au détriment de la protection établie par le droit européen qui, ironie du droit, n'est plus invocable depuis la QPC...

Résumons la situation : au nom de la sécurité juridique, la réforme de la garde à vue inconstitutionnelle est reportée de 11 mois. Pendant cette période, la garde à vue inconventionnelle est annulée sur le fondement de l'article 6 § 1 et 3 de la Convention... mais pas partout. Pour remettre de l'ordre dans ce désordre, certains tribunaux correctionnels concilient les droits et rétablissent la sécurité juridique... mais au détriment des justiciables qui ne sont plus protégés par le droit de la Convention... Et l'imbraglio juridique n'est pas terminé.

Un recours contre les arrêts de la Cour de cassation a été introduit⁸⁰ devant la Cour EDH au motif que l'application différée est en violation avec les droits fondamentaux européens. Quant à la Cour de cassation, elle a dû se prononcer sur des annulations de gardes à vue confirmées par les cours d'appel. Le 4 janvier dernier, la chambre criminelle a rendu un arrêt qu'elle a tenu à signaler puisqu'elle l'a mis en ligne sur son site Internet (alors qu'il faut convenir que, de ce point de vue, la chambre criminelle est souvent peu réactive d'habitude)⁸¹ : un tribunal correctionnel avait prononcé la nullité de la garde à vue pour défaut d'assistance effective d'un avocat, nullité confirmée ensuite par la cour d'appel de Grenoble qui, néanmoins, s'était prononcée sur le fond du dossier au motif que « la garde à vue et les procès-verbaux d'audition et de perquisition annulés ne sont pas le support nécessaire des poursuites ». Bien qu'elle se refuse à valider une telle position, la Cour de cassation rejette néanmoins le pourvoi au motif que « si c'est à tort que la cour d'appel a prononcé la nullité de la garde à vue avant l'entrée en vigueur de la loi devant, conformément à la déci-

sion du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010, modifier le régime juridique de la garde à vue ou, en l'absence de cette loi, avant le 1^{er} juillet 2011, l'arrêt n'encourt pas la censure dès lors qu'il a eu pour seule conséquence que les actes annulés n'ont pas constitué des éléments de preuve fondant la décision de culpabilité du prévenu ».

« Ainsi, la Cour de cassation invalide la position des juges du fond concernant la nullité de la garde à vue, évitant ainsi très certainement de multiples saisines en ce sens, mais ne censure pas l'arrêt de la cour d'appel qui s'était fondé sur des éléments extérieurs à cette garde à vue, afin de prononcer une décision de culpabilité »⁸².

Cela devrait permettre aux juges du fond de s'arranger avec la quadrature du cercle : la garde à vue inconstitutionnelle, contraire à la Convention mais maintenue dans le droit positif⁸³...

Si l'on en croit le président du Conseil constitutionnel, Jean-Louis Debré, s'exprimant lors du premier anniversaire de la QPC, le 1^{er} mars 2011 : « [...] la QPC a permis des progrès dans la protection des droits et libertés sans mettre en cause la sécurité juridique. D'une part, le Conseil constitutionnel a rendu d'importantes décisions abrogeant des dispositions législatives contraires aux droits et libertés constitutionnellement garantis. Vous connaissez tous nos décisions sur la garde à vue, la rétention douanière, la décriminalisation des pensions, l'hospitalisation sans consentement... Ces décisions ont porté sur la protection de la liberté individuelle, le droit pénal et la procédure pénale. Mais la QPC concerne tous les secteurs de notre vie collective. Les décisions que nous avons rendues portent sur des matières très diverses : droit social, droit électoral, droit commercial, droit de propriété, droit de la famille... Si la QPC a permis ces progrès de l'État de droit, elle n'a, d'autre part, pas produit l'insécurité juridique crainte par certains »⁸⁴.

Or, et comme il vient d'être démontré, le bilan semble moins positif que ne le soutient le président du Conseil constitutionnel, particulièrement concernant la garde à vue. L'insécurité juridique qui a résulté de la décision du 30 juillet 2010 doit susciter une véritable réflexion sur les effets du report dans le temps d'une décision. Il ne faudrait pas que la QPC, qui est le droit reconnu à toute personne qui est partie à un procès ou une instance de soutenir qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, n'aboutisse *in fine* (ne serait-ce que pour quelques mois) à « évincer »

79. Après vérification auprès du tribunal correctionnel de Toulon, les exceptions de nullité des gardes à vue sont rares mais certains avocats continuent de déposer des conclusions sur le fondement du droit conventionnel.

80. Par M^{re} Patrice Spinosi, avocat à la Cour de cassation et au Conseil d'État, entretien au journal *Libération*, 22 décembre 2010.

81. Voir le Forum pénal Dalloz du 13 janvier 2011 : <http://forum-penal.dalloz.fr/2011/01/garde-a-vue-un-compromis-trouve-par-la-cour-de-cassation>, avril 2011.

82. Voir les commentaires de Cécile Rodriguez, avocate à la Cour, <http://cecilerodriguezavocat.com/?tag=nullite>, 13 janvier 2011.

83. Forum pénal Dalloz du 13 janvier 2011.

84. J.-L. Debré, discours prononcé lors du « Premier anniversaire de la question prioritaire de constitutionnalité », Conseil constitutionnel, 1^{er} mars 2011, consultable sur http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/discours_interventions/2011/JLD-annivQPC.pdf, mars 2011.

la protection établie par le droit de la Convention EDH. Sans doute faudra-t-il mettre en place des mesures transitoires pour éviter cet écueil. Reste à déterminer qui, du Conseil constitutionnel ou du ministère de la Justice, se saisira de la question. À moins que la Cour de cassation ne revienne sur sa jurisprudence de « l'effet différé » qui est finalement porteuse d'insécurité juridique... Quoi qu'il en soit, des ajustements de procédure semblent inévitables. Et il y a urgence. Après s'être heurtée au droit communautaire⁸⁵, la QPC doit aujourd'hui régler ses comptes avec le droit européen. C'est une nouvelle *guerre des juges*⁸⁶ qui s'est ouverte et qui doit obligatoirement se solder par une protection accrue des droits fondamentaux... afin d'éviter que le report dans le temps ne soit perçu comme une période pendant laquelle le droit serait frappé d'un « déshonneur juridique »⁸⁷...

15 avril 2011 : épilogue⁸⁸... ou nouvel épisode ?

Par quatre arrêts rendus le 15 avril 2011, l'assemblée plénière de la Cour de cassation revient sur la jurisprudence établie le 19 octobre 2010 (par la chambre criminelle) et notamment sur l'effet différé de « la non-conformité de la législation française aux exigences issues de la Convention européenne »⁸⁹. Cette décision de la Cour de cassation était annoncée alors que la loi sur la garde à vue (attendue depuis plusieurs mois) était encore en discussion devant l'Assemblée nationale. La loi, qui, très paradoxalement, n'a pas fait l'objet d'une saisine du Conseil constitutionnel alors même qu'elle était très critiquée, a été publiée au JO dans l'urgence, le... 15 avril avec une mise en œuvre au 1^{er} juin.

Les arrêts de la haute assemblée confirment en tout point les développements qui précèdent, mais ouvrent d'autres interrogations concernant « l'effet différé » de l'article 62 alinéa 2 de la Constitution. Il est, par conséquent, utile de revenir sur ces arrêts et sur les conséquences importantes qu'ils pourraient avoir sur les décisions du Conseil constitutionnel en matière d'effet différé des QPC.

« Statuant sur l'appel interjeté contre les décisions du juge qui avaient soit ordonné, soit refusé d'ordonner la prolongation de ces mesures de rétention, le premier président de la cour d'appel de Lyon a considéré la procédure régulière, tandis que le premier président de la cour d'appel de Rennes l'a jugée irrégulière »⁹⁰, ce qui confirme, dans un premier temps, « l'insécurité juridique » frappant les procédures de garde à vue depuis 2008⁹¹. L'assemblée plénière a statué sur les deux questions qui avaient fait l'objet des trois arrêts du 19 octobre 2010 : la garde à vue française est-elle inconstitutionnelle et, si oui, cette inconstitutionnalité est-elle d'effet immédiat ?

À la première question, la Cour de cassation reprend la solution retenue en octobre dernier et constate que les règles posées par l'article 63-4 du Code de procédure pénale ne satisfont pas aux exigences de l'article 6 § 1... mais fait référence aux arrêts *Salduz c. Turquie* et *Dayanan c. Turquie*, rendus les 27 novembre 2008 et 13 octobre 2009⁹²; ce que n'avaient pas fait les arrêts d'octobre. Cette référence « directe » aux arrêts de la Cour n'est pas inédite⁹³ mais « elle prend une dimension toute particulière lorsqu'il s'agit de décisions émanant de la chambre la plus solennelle de cette haute juridiction »⁹⁴. L'inconstitutionnalité est donc confirmée à la fois au regard de la Convention mais également de la jurisprudence européenne. Paradoxalement, et alors même que l'avocat général l'avait évoqué comme la dernière étape dans la construction européenne d'une garde à vue qui garantit au mieux les

85. Voir les nombreuses questions qui se sont posées autour de l'arrêt *Melki*, CJ, 22 juin 2010, sur la compatibilité du caractère prioritaire de la question de constitutionnalité avec le droit de l'Union, par exemple : A. Levade, « Dialogue contradictoire autour de l'arrêt de la Cour de justice : le caractère prioritaire de la question de constitutionnalité est-il compatible avec le droit de l'Union ? », *Constitutions. Revue de droit constitutionnel appliqué*, n° 4, 2011, p. 520-525.

86. Voir à propos de la controverse sur le caractère prioritaire de la QPC : *L'essentiel de la QPC*..., p. 35.

87. Voir Forum pénal Dalloz, J.-Y. Le Borgne, « Le vice-bâtonnier signe un réquisitoire féroce contre la garde à vue », 20 janvier 2011, consultable sur <http://forum-penal.dalloz.fr/2011/01/le-vice-batonnier-signe-un-requisitoire-feroce-contre-la-garde-a-vue/#more-1500>, avril 2011.

88. À peine les derniers mots de cet article écrits, l'annonce des arrêts imminents de la Cour de cassation et d'un possible revirement de jurisprudence rendait une mise à jour inévitable. Afin de ne pas totalement remettre en cause la logique de la démonstration, c'est le plan académique qui a été « sacrifié ». Cet épilogue est un commentaire « à chaud » des arrêts de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 15 avril 2011 et des effets possibles sur « l'effet différé » de la QPC.

89. Communiqué de la première présidence, décisions de l'assemblée plénière, 15 avril 2011, consultable sur http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/presidence_relatif_19793.html, 15 avril 2011.

90. *Ibid.*

91. Date de l'arrêt *Salduz*. Mais certains avancent un 1^{er} arrêt de la grande chambre de la Cour EDH du 8 février 1996, *John Murray c. Royaume-Uni*, la Cour avait jugé que « Une législation nationale peut attacher à l'attitude d'un prévenu à la phase initiale des interrogatoires de police des conséquences déterminantes pour les perspectives de la défense lors de toute procédure ultérieure. En pareil cas, l'article 6 exige normalement que le prévenu puisse bénéficier de l'assistance d'un avocat dès les premiers stades des interrogatoires de police [...] Il est primordial pour les droits de la défense qu'un prévenu ait accès à un homme de loi pendant la phase initiale des interrogatoires de police ».

92. À noter, cette motivation n'est utilisée que pour 3 des 4 arrêts du 15 avril 2001 (arrêts n° 590, 591, 592). L'arrêt n° 589 est motivé ainsi : « Attendu que les États adhérents à cette Convention sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des Droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation ; que, pour que le droit à un procès équitable consacré par l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales soit effectif et concret, il faut, en règle générale, que la personne placée en garde à vue puisse bénéficier de l'assistance d'un avocat dès le début de la mesure et pendant ses interrogatoires ».

93. Voir Cass. soc., 13 juin 2007, n° 05-45.694.

94. O. Bachelet, Cour cass., assemblée plénière, 15 avril 2011, *Actualités Droits-Libertés du CREDOF*, 18 avril 2011.

droits de la défense tels qu'envisagés par l'article 6 de la Convention⁹⁵, l'arrêt *Brusco c. France* n'est pas cité dans la motivation.

À la seconde question concernant l'effet immédiat ou différé de la décision constatant la non-conformité de la législation française aux exigences issues de la Convention européenne, la Cour rappelle que « les États adhérents à la Convention de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales *sont tenus de respecter les décisions de la Cour européenne des Droits de l'homme, sans attendre d'être attaqués devant elle ni d'avoir modifié leur législation* »⁹⁶, et décide d'une application immédiate. « Les droits garantis par la Convention devant être effectifs et concrets, *le principe de sécurité juridique et les nécessités d'une bonne administration de la justice ne peuvent être invoqués pour priver un justiciable de son droit à un procès équitable...* »⁹⁷ Et les nouvelles règles concernant la garde à vue vont devoir s'appliquer immédiatement dans des conditions très particulières : une loi dont l'entrée en vigueur est prévue le 1^{er} juin mais des mesures décidées par le juge que le ministère de la Justice va devoir mettre en œuvre par télégramme puis par deux circulaires⁹⁸ le jour même. Le brouillard juridique est d'ailleurs loin d'être dissipé. D'abord parce que les arrêts de la Cour sont diversement accueillis : « coup d'État judiciaire » ou accusation récurrente d'un « gouvernement des juges » selon certains⁹⁹ mais aussi refus de certains bâtonniers¹⁰⁰ d'appliquer le nouveau régime de la garde à vue arguant du fait que l'« on ne peut pas laisser au pouvoir judiciaire le soin de détricoter ce que le pouvoir législatif a tricoté [...] »¹⁰¹. Mais aussi parce qu'ils posent la question de la rétroactivité en faisant encourir aux procédures antérieures non définitives un risque de nullité.

Quant à l'effet différé de la QPC qui nous intéresse ici, son horizon s'obscurcit également. Plusieurs remarques s'imposent qui bouleversent la mise en œuvre de l'article 62 alinéa 2 de la Constitution. D'abord, le principe de sécurité juridique ne « tient » pas devant le droit à un procès équitable. Si l'on étend cette jurisprudence à l'ensemble des droits garantis par la Convention, cela remet en cause *de facto* la possibilité pour le Conseil constitutionnel de différer l'effet d'une décision QPC intervenant dans un domaine garanti par le droit européen (conventionnel ou jurisprudentiel). Or, les droits garantis par la Constitution au sens large sont très similaires à ceux garantis par la Convention. Par conséquent, le Conseil constitutionnel va avoir à affronter une vraie difficulté : ne pouvant pas se substituer au législateur mais ne pouvant plus vraiment utiliser l'effet différé, les décisions QPC risquent d'être « d'application immédiate ». Un nouvel obstacle qui démontre encore, si besoin en était, que l'articulation entre le droit interne, le droit communautaire et le droit européen est un véritable défi lancé à la QPC...

Devant cet invraisemblable désordre, il faudra sans doute méditer ces propos de Robert Castel : « L'existence de principes constitutionnels, l'institutionnalisation de la séparation des pouvoirs, le souci du respect du droit dans l'usage de la force, y compris de la force publique, mettent autant de limites à l'exercice d'un pouvoir absolu et créent, indirectement mais nécessairement, les conditions d'une certaine insécurité. [...] Plus généralement, plus un État s'écarte du modèle du Léviathan et déploie un appareil juridique complexe, et plus le risque [est grand] de décevoir »¹⁰².

95. Avis du premier avocat général, Cécile Petit, assemblée plénière du 1^{er} avril 2011.

96. Nous soulignons.

97. Nous soulignons. Communiqué de la première présidence, décisions de l'assemblée plénière, 15 avril 2011, consultable sur http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/presidence_relatif_19793.html, 15 avril 2010.

98. Deux circulaires vont être adressées aux magistrats du parquet et du siège le 15 avril 2011.

99. Voir par exemple : « Garde à vue : H. Guaino estime "le juge ne doit pas faire la loi" », consultable sur <http://www.suite101.fr/content/garde-a-vue--h-guaino-estime-le-juge-ne-doit-pas-faire-la-loi-a27441>, 17 avril 2011.

100. Notamment M^e Di Raimondo, bâtonnier de l'ordre des avocats du barreau des Deux-Sèvres.

101. « Réforme de la garde à vue : un premier jour sans couac », *Le Monde*, 16 avril 2011.

102. R. Castel, *L'Insécurité sociale. Qu'est-ce qu'être protégé?*, Paris, Le Seuil (La République des idées), 2003, p. 21.